

É lição velha do Direito Constitucional a distinção entre ato constituinte, poder constituinte e poder estatal. Ato constituinte abrange fato ou fatos histórico reveladores da vontade política. É, em suma, decisão primária de reunir a comunidade política. O poder constituinte é vontade que define a forma da existência comum. É constitutivo de poder. Em uma palavra, constitui a comunidade política. É um poder originário e essencialmente do povo. É intervenção para constitucionalizar a sociedade política. O poder estatal é para construir ou reconstruir o Estado. Afeta o campo do direito das gentes: reconhecimento de Estados e reconhecimento de governos.

Estas antigas noções são úteis nos tempos presentes. É hoje que se discute com muita intensidade o problema constitucional brasileiro. Diante do novo começo democrático, propiciado pela abertura iniciada pelo Presidente Ernesto Geisel e executada pelo Presidente João Figueiredo, nada é mais lógico do que indagar-se sobre a reconstrução constitucional.

Dentro dos clássicos padrões da ciência do direito constitucional, a convocação de uma assembléia constituinte tem muito que ver com a legitimidade da Constituição vigente. Mestre PONTES DE MIRANDA ensina muito bem o seguinte: poder constituinte legítimo = constituição legítima. Poder de fato (interrupção da juridicidade) devolvendo poder estatal e poder constituinte ao titular legítimo = constituição legítima. Constituição feita por quem não é titular do poder constituinte é ilegítima. Torna-se legítima se houver devolução ao titular: intervenção do poder constituinte legítimo, referendo, plebiscito.

^{*} Publicado no Jornal do Brasil de 23/07/81

^{**} Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 27/06/1996

O que está em jogo presentemente tem fundamento na consideração de que a Constituição em vigor não tem legitimidade porque a sua fonte foi autoritária. Nasceu da ruptura da ordem constitucional, outorgada por titulares sem mandato específico. No plano científico é indiscutível a conclusão de que o que vige não teve a chancela do único titular originário que é o povo. É o povo que se constitui. E não o inverso.

No plano da política estas noções elementares nem sempre tem a melhor repercussão. Existem fatores outros que condicionam o poder decisório. E tem sido freqüente o argumento de que a convocação da constituinte pode inviabilizar o próprio processo de democratização. Mas, realmente, não é preciso todo esse drama.

O que se tem como fora de dúvida é a necessidade de alterar a disciplina constitucional em vigor. Alterá-la tanto porque a sua origem não tem a legitimidade do titular originário da vontade constituinte, tanto porque não atende, seja a nova realidade que se está vivendo no país, seja aquela que se descortina como decorrência do processo eleitoral que se avizinha.

É verdade que todos os esforços devem ficar concentrados nas eleições de 1982. As lideranças políticas compreendem esta necessidade perfeitamente bem. Mas este fato não invalida a preocupação de já agora projetar as novas regras que regerão a vida do futuro. E a Constituição é a primeira.

Se existem resistências fortes para a convocação formal de uma assembléia constituinte outros caminhos devem ser buscados - no plano da realidade - para dotar o país de normas constitucionais compatíveis com a prática democrática que se abre.

Deseja-se esta mudança no pacto fundamental para rever a federação na sua disciplina operacional: usar a descentralização que o conceito federativo propicia no sentido de flexibilizar a discriminação de

rendas; para disciplinar melhor a relação entre os poderes legislativo e executivo, extremamente tensas e difíceis nos últimos dezessete anos; para regular mais eficientemente os direitos políticos, tendo por base a nova vivência partidária; para, sobretudo, examinar o capítulo dos direitos e garantias individuais, escoimando-o de regras jurídicas que foram introduzidas ao tempo da legislação excepcional; para rediscutir a disciplina constitucional no campo econômico e social. Enfim, seria necessário rever a constituição para torná-la menos adjetiva e mais substantiva.

Não sendo possível fazer a convocação formal da assembléia constituinte, que outros caminhos teriam o mesmo efeito a legitimidade que se deseja alcançar?

Em depoimento para o caderno especial do Jornal do Brasil de 14 de junho passado, o Professor Miguel Reale, depois de afirmar que a convocação da uma Assembléia Nacional Constituinte representaria *"um ato incompatível com as normas constitucionais vigentes e, portanto, um ato revolucionário"*, acredita possível uma solução pela inserção de norma entre as disposições constitucionais transitórias dispondo que o futuro Congresso, *"através de suas duas Casas - o Senado Federal e a Câmara dos Deputados - procederá a uma revisão global da Constituição atual, mediante emendas oferecidas e aprovadas de conformidade com o que está previsto na Carta Constitucional ora em vigor"*. E conclui: *"um parágrafo dessa mesma norma estabelecerá que, uma vez aprovadas as emendas, o Congresso Nacional promulgará o novo texto constitucional consolidado"*

Temo que esta colocação do problema não resolva a questão da legitimidade. O resultado seria uma "constituição consolidada", o que, seguramente, não me parece recomendável para o novo começo democrático. Repetir-se-ia, a meu ver, o equívoco de 1969, com a mudança do titular sem devolução à fonte originária do poder constituinte.

Já vimos antes que a Constituição feita por quem não é titular do poder constituinte torna-se legítima se houver devolução ao titular legítimo. Note-se que não se quer emendar a Constituição. Deseja-se, isto sim, constituir o Brasil para um novo tempo.

Quando o Presidente Ernesto Geisel, com visão de estadista, revogou o Ato Institucional nº 5, ele praticou ato pré-constitucional. Historicamente, naquele momento da revogação viveu-se o ato mais importante para a nova realidade democrática. A partir dele tornou-se consequência inevitável pensar em uma outra constituição.

A revogação do Ato Institucional nº 5 e a busca e de uma disciplina constitucional própria, inauguram as preliminares para uma nova república no Brasil. É tempo, pois, de constituir a VI República.

Para esse objetivo vejo possível que o novo Congresso, eleito em 1982, elabore um projeto de constituição, por uma grande comissão constitucional conjunta, a ser constituída mediante processo legislativo especial, obedecido ao critério da proporcionalidade da representação popular já adotado nos regimentos internos. Uma vez elaborado por esta grande comissão, o projeto seria submetido para aprovação do Congresso em sessão conjunta. Aprovado, seria submetido ao referendo da Nação.

O caminho proposto tem o efeito de devolver o poder constituinte ao titular legítimo por meio de referendo. A Constituição promulgada mediante esse procedimento teria legitimidade. O referendo, entretanto, pode apresentar complicador inesperado se a resposta for negativa.

Tendo presente esta possibilidade, que dramatizaria a crise institucional, acredito correta e adequada ao nosso momento a alternativa seguinte. O atual Congresso, aproveitando o *quorum* favorecido em vigor, emendaria a Constituição para introduzir disposição transitória autorizando o Congresso a ser eleito em 1982 a elaborar uma nova

Constituição. Não se trata de convocar formalmente uma Assembléia Nacional Constituinte. Trata-se, isto sim, de incluir permissão expressa capaz de vincular eleitor e eleito. A Constituição assim promulgada teria legitimidade pela intervenção do poder constituinte legítimo.

É preciso destacar finalmente que a busca da legitimidade constitucional não deve ser fator de perturbação da ordem. Ao contrário, ela é, na verdade, a busca do consenso, da co-responsabilidade, do assentimento do povo para a Lei das Leis.